

University of Groningen

Mensen zonder papieren en het recht op minimumvoorzieningen

Vonk, G.J.

Published in:

Tijdschrift voor Sociaal Recht/Revue de Droit Social, 2005, 589-608.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2000

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Vonk, G. J. (2000). Mensen zonder papieren en het recht op minimumvoorzieningen: de invloed van internationale grondrechten. *Tijdschrift voor Sociaal Recht/Revue de Droit Social*, 2005, 589-608.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Mensen zonder papieren en het recht op minimumvoorzieningen: de invloed van internationale grondrechtverklaringen

Prof. dr. Gijsbert Vonk¹

1. Inleidende beschouwingen

In onze verzorgingsstaat leiden papierlozen een onzichtbaar bestaan. Het bureaucratisch apparaat dat is belast met de uitvoering van collectieve voorzieningen, herkent personen op basis van een erkende, papieren identiteit. Wie deze identiteit ontbeert is niet eens “nothing but a number”; hij is non-existent.

Papierloze mensen kennen wij als zwervers, daklozen en verslaafden die leven in de marges en krochten van de samenleving. Mede als gevolg van bureaucratische hindernissen zijn zij veelal de facto uitgesloten van reguliere vormen van overheidssteun. Conform de opzet van de publicatie, gaat het in deze bijdrage bij “mensen zonder papieren” echter niet om deze categorie van personen, althans niet noodzakelijkerwijs. Het voorwerp van de bijdrage zijn vreemdelingen die zonder instemming van het bevoegde gezag binnen de landsgrenzen verblijven. Ik duid deze groep verder aan met de term illegalen.²

De uitsluiting van illegalen van minimumvoorzieningen - in het bijzonder van de sociale bijstand - is niet alleen terug te voeren op bureaucratische hindernissen. Het probleem heeft een diepere oorzaak in het recht zelf. Twee opmerkingen wil ik hierbij maken.

Illegalen en bijstandsverlening

In de eerste plaats moet worden begrepen dat de ongelijke positie van vreemdelingen in de sociale bijstand berust op een hardnekkige historische traditie. Zo kenden de voorlopers van de hedendaagse bijstandsregelingen, de armenwetten, reeds domicilievereisten die personen die niet afkomstig waren van de lokale gemeenschappen van steun uitsloten. In de tweede helft van de negentiende eeuw werden dergelijke eisen geleidelijk vervangen door de nationaliteitseis. De overheersende opvatting was dat niet het gastland, maar het land van oorsprong verantwoordelijk was voor de hulpverlening aan behoeftigen. Na de Tweede Wereldoorlog is het nationaliteitscriterium als toekenningsvoorwaarde voor de sociale bijstand gaan eroderen ten gunste van het territorialiteitscriterium. Maar het beginsel dat de moderne staat moet zorgdragen voor het bestaansminimum van alle ingezetenen, ongeacht nationaliteit, is nooit volledig doorgetrokken. In de hedendaagse stelsels zijn het territorialiteits- en het nationaliteitscriterium op een bijzondere manier geïntegreerd via een koppeling tussen het recht op uitkering en het vreemdelingenrecht. Het recht op bijstand is afhankelijk van de rechtmatigheid van het verblijf en op zijn beurt is het verblijfsrecht weer afhankelijk van de vraag of een vreemdeling kan beschikken over voldoende eigen middelen van bestaan.³

Uiteraard gelden er ten aanzien van de wijze waarop aan de koppeling gestalte is gegeven allerlei uitzonderingen en nuanceringen. Maar in essentie geldt nog steeds de notie dat het gastland geen verantwoordelijkheid heeft voor de opvang van buitenlandse behoeftigen. Voor

¹ Gijsbert Vonk is bijzonder hoogleraar sociale zekerheidsrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en tevens hoofd van de afdeling Recht en Beleid van de Sociale Verzekeringsbank, Amstelveen.

² Het einde van deze paragraaf bevat ten aanzien van deze term een nadere werkdefinitie.

³ Deze historische beschrijving vormt de weerslag van enkele bevindingen in mijn dissertatie, getiteld *De coördinatie van bestaansminimumuitkeringen in de Europese Gemeenschap*, Deventer, 1991, in het bijzonder 83-87.

illegalen impliceert dit geen, of in ieder geval een sterk verminderde rechtspositie in het bijstandsstelsel.

Er zijn geen tekenen die erop wijzen dat de rechtspositie van illegalen in het bijstandsstelsel verbeterd is. Integendeel. Was het in de jaren tachtig in België en Nederland voor hen nog mogelijk in bijzondere situaties noodhulp te verkrijgen, tegenwoordig is de toegang tot de sociale bijstand - met uitzondering van situaties van dringende medische hulp - categorisch uitgesloten. Het gevolg is dat men is aangewezen op hulp van kerken en particuliere instellingen, of op niet erkende vormen van ondersteuning die op lokaal overheidsniveau worden georganiseerd. Als er al sprake is van een erkende vorm van ondersteuning, dan beperkt deze zich hoogstens nog tot het begeleiden van illegalen bij hun repatriëring.⁴

Een beperkt internationaal beschermingsmechanisme

De tweede opmerking houdt verband met de reikwijdte van het internationale beschermingsmechanisme dat in de sfeer van de sociale zekerheid ten behoeve van migranten tot stand is gekomen. De opkomst van socialeverzekeringsregelingen is gepaard gegaan met de totstandkoming van een uitgebreid netwerk van bi- en multilaterale verdragen die nationale stelsels coördineren. De leidende gedachte van het internationale coördinatie-instrumentarium is dat elke mogelijke benadeling die migrerende personen ondervinden in de sfeer van hun socialezekerheidsrechten, moet worden tegengegaan. De sociale bijstand valt echter buiten het toepassingsgebied van het internationale coördinatie-instrumentarium. Het onderwerp van de bijstandsverlening aan vreemdelingen is geregeld in een ander type internationale verdragen, waarvan de achtergrond oorspronkelijk is gelegen in het reguleren van het proces van uitzetting van vreemde armlastigen naar het land van herkomst. Om de uitzettingen onderling te coördineren gingen staten in de negentiende eeuw over tot het sluiten van bilaterale overeenkomsten waarin afspraken werden gemaakt over de wijze van “terugleiding” van armen en het “overnemen” van de eigen paupers. Dergelijke verdragen bevatten ook clausules met betrekking tot het recht op armenzorg in de vreemde staat. Veelal verplichtten staten zich tot het op basis van wederkerigheid verschaffen van armenzorg en geneeskundige diensten, tot aan het moment van terugleiding. De rol van dit soort bilaterale verdragen in Europa is thans geheel overgenomen door het Europees Verdrag inzake sociale en medische bijstand (EVSMB).⁵ Het verdrag is inmiddels meer dan 50 jaar oud en biedt heden ten dage nog steeds de meest verregaande bescherming aan migranten in de bijstand.⁶ Toch laat ook het EVSMB de uitsluiting van bijstandsverlening op grond van het niet beschikken over een geldige verblijfstitel, in de kern ongemoeid.

Illegalen profiteren wat betreft hun toegang tot bijstandsvoorzieningen aldus niet of slechts beperkt van specifieke internationale socialezekerheidsrechtelijke instrumenten. Ook andere internationale standaarden hebben voor deze groep slechts een relatieve betekenis. Sterker nog, waar internationale grondrechten de toegang tot sociale bescherming koppelen aan het rechtmatig verblijf, zoals in sommige verdragen uitdrukkelijk het geval is (zie hierna), legitimeert het internationale recht eerder de uitsluiting dan dat het zich hiertegen verzet.

⁴ Voor een recent overzicht van de stand van zaken in Europese landen, zie *Book on solidarity, providing assistance to undocumented workers. Three volumes covering Belgium, Germany, the Netherlands, UK, France, Spain, Italy, Sweden, Denmark and Austria*, Platform for international cooperation on undocumented migrants, Antwerp, 2003.

⁵ Raad van Europa, 11 december 1953, Parijs.

⁶ Binnen het recht van de Europese Gemeenschap zijn pas recent, onder invloed van de burgerschapsjurisprudentie van het EG Hof van Justitie, soortgelijke beschermingsstandaarden gerealiseerd. Zie met name HvJ EG 7 september 2004, zaak C-456/02 (Michel Trojani/Openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) te Brussel). Zie over deze problematiek ook Anne Pieter van der Mei, “European Union citizenship, freedom of movement and social assistance benefits”, in: *Social Security in Transition*, Jos Berghman, et al (eds), The Hague, 2002, 92-106.

Een nadere toespitsing van de vraagstelling

Het onderwerp van deze bijdrage is de invloed van internationale grondrechtverklaringen op de rechtspositie van illegalen in het kader van minimumvoorzieningen. Reeds uit de voorgaande inleidende beschouwingen kan worden afgeleid dat we dit onderwerp niet met te veel optimisme tegemoet kunnen treden. In essentie laat het internationale recht de uitsluiting van illegalen van bijstandsstelsels ongemoeid. Als al sprake is van enige invloed dan doet deze zich gevoelen in de marges van de problematiek. Ten aanzien van drie onderwerpen laten internationale grondrechten hun invloed gelden.

a. Het begrip rechtmatig verblijf en het recht op sociale bijstand

Het EVSMB bevat normen die zich inlaten met de vraag wanneer voor het verkrijgen van een socialebijstandsuitkering, rechtmatig verblijf moet worden aangenomen. Deze normen zijn van belang voor alle personen die zich bevinden in de schemerzone tussen rechtmatig en onrechtmatig verblijf, zoals degenen die in afwachting zijn van een beslissing op hun aanvraag om een verblijfstitel, gedoogden en "overstayers". Een interessante vraag is of de eisen die het EVSMB stelt aan het rechtmatig verblijf, kunnen doorwerken in het algemene discriminatieverbod zoals dat in talloze internationale verdragen is verwoord. Als dat het geval is, krijgen deze eisen namelijk ook betekenis voor immigranten die niet uit Europese landen afkomstig zijn.

b. Het recht op sociale bijstand voor kwetsbare groepen

Tegen de achtergrond van de categoriale uitsluiting van illegale immigranten van het recht op bijstand, krijgen internationale standaarden die specifiek gericht zijn op de bescherming van kwetsbare groepen een bijzondere betekenis. Dit is bijvoorbeeld van belang voor de rechtspositie van kinderen. In toenemende mate ontstaat het besef dat kinderen, ook al verblijven zij en hun ouders ergens illegaal, in aanmerking gebracht moeten worden voor vormen van overheidssteun. Dit besef heeft recentelijk in België en Nederland geleid tot doorbraken in de jurisprudentie. De vraag die aan de orde komt, is of ook andere kwetsbare groepen, zoals bijvoorbeeld gehandicapten, van deze ontwikkeling kunnen profiteren.

c. Het recht op sociale bijstand in bijzondere (nood)situaties

Bij het derde thema speelt het algemene sociale grondrecht der sociale zekerheid en het recht op een toereikende levensstandaard een rol. Een voorbeeld van een dergelijk recht biedt art. 11 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten: "The State Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and for his family, including adequate food, clothing and housing (...)". In zijn algemeenheid wordt in de rechtspraak aangenomen dat dergelijke bepalingen niet rechtens afdwingbaar zijn of kunnen leiden tot een recht op socialezekerheidsprestaties. Maar de opvattingen over de inroepbaarheid van sociale grondrechten evolueren. Steeds vaker wordt betoogd dat er verschillende gradaties mogelijk zijn in de wijze waarop rechters sociale grondrechten kunnen laten doorwerken. De mate van doorwerking is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Juist bij de sociale bijstand, die bestemd is voor de leniging van de meeste primaire levensbehoeften, heeft de moderne benadering van het leerstuk van de werking van sociale grondrechten bijzondere betekenis. De vraag dringt zich op of voor illegalen over de boeg van de sociale grondrechten alsnog een *context-afhankelijk* recht op sociale bijstand tot ontwikkeling komt.

Opzet van de bijdrage

Deze bijdrage vangt aan met een summier overzicht van de verschillende typen van internationale grondrechtelijke verplichtingen en de positie die illegalen hierin hebben (paragraaf 2). Vervolgens wordt uitwerking gegeven aan de thematiek zoals deze in de bovengenoemde drie punten is aangestipt (paragraaf 3). Bij elk thema stel ik bij wijze van "teaser" een vraag aan de orde die ik zoveel mogelijk in het voordeel van de belangen van illegalen zal beantwoorden. Aan een dergelijke eenzijdige benaderingwijze heb ik mij al in geen jaren meer bezondigd. Maar voor de doeleinden van deze publicatie leek het mij wel verantwoord. De bijdrage wordt afgesloten met een résumé (paragraaf 4).

Enkele punten van afbakening

Voor de doeleinden van deze bijdrage hanteer ik een strikte definitie van de begrippen "mensen zonder papieren", of "illegalen". Het gaat om vreemdelingen die zich zonder kennis van het bevoegd gezag in strijd met de nationale vreemdelingenrechtelijke voorschriften ophouden binnen de landsgrenzen (onbekenden), dan wel vreemdelingen te wier aanzien een onherroepelijke last tot uitzetting is gegeven (uitgeprocedeerden). De bijzondere problematiek van asielzoekers en ontheemden blijft buiten beschouwing.

Wat betreft de minimumvoorzieningen beperk ik mijn bijdrage in eerste instantie tot het recht op sociale bijstand. Deze term is moeilijk te definiëren, maar ik sluit mij gemakshalve aan bij het bijstandsbegrip zoals dat onder invloed van het EG Hof van Justitie tot ontwikkeling is gekomen onder Vo. 1408/71. Deze EG-verordening voor de coördinatie van sociale zekerheidsstelsels, sluit in art. 4, lid 4 de sociale bijstand uit van haar materiële werkingssfeer. Als sociale bijstand zijn te begrijpen stelsels die niet zijn te herleiden tot een van de traditionele takken van sociale zekerheid, alsmede stelsels die uit hoofde van een overwegend discretionaire bevoegdheidstoekenning aan de uitkerende instanties, begunstigen geen wettelijk gegarandeerde positie geven. Wat België betreft spreken wij over de OCMW-dienstverlening en het recht op Maatschappelijke Integratie. In Nederland kwalificeert zich als sociale bijstandsregeling het stelsel van de Wet werk en bijstand.

De beperking tot sociale bijstandsregelingen laat overigens onverlet dat ook andere fundamentele rechten aan de orde kunnen worden gesteld dan het recht der sociale zekerheid of het recht op een toereikende levensstandaard. Voorbeelden van andere rechten zijn het recht op huisvesting en het recht op toereikende medische zorg. Wat deze aanpalende rechten betreft dienen we ons overigens te realiseren dat het uiteindelijk niet veel uitmaakt of deze worden gerealiseerd via aanspraken uit het bijstandssysteem of via andere, verbijzonderde minimumvoorzieningen.

2. Kort overzicht van de positie van illegalen in het internationaal grondrechtelijk instrumentarium

Er bestaat geen helder beeld over de positie van illegalen in het kader van internationale grondrechtelijke standaarden. Bij veel verdragen wordt deze positie weg niet geëxpliciteerd waardoor de vraag in welke mate illegalen zich op de internationale standaarden kunnen beroepen er een wordt van interpretatie. In enkele gevallen worden dergelijke interpretaties aangereikt door bevoegde organen van de desbetreffende internationale organisaties. In weer andere gevallen zijn we geheel aangewezen op de uitleg zoals die wordt geboden door nationale rechterlijke instanties. Soms bevatten internationale bepalingen uitdrukkelijk voorwaarden ten aanzien van de rechtmatigheid van het verblijf. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat naarmate de bepalingen concreter zijn toegeschreven naar de toegang van vreemdelingen tot de sociale zekerheid, en in het bijzonder de minimumvoorzieningen,

dergelijke restricties vaker voorkomen. Voor het hiernavolgende overzicht van de rechtssituatie wordt in hoge mate gesteund op recent onderzoek van *Schoukens en Pieters*⁷

Internationale sociale grondrechten

Het IVESC kent in de formulering van de sociale grondrechten een ruim personeel geldingsbereik. Het recht op een behoorlijke levensstandaard van art. 11 wordt bijvoorbeeld gegarandeerd aan “een ieder”. Hetzelfde geldt voor het in art. 9 geformuleerde recht op sociale zekerheid. Uit niets blijkt dat het de bedoeling is om illegalen van het geldingsbereik uit te sluiten. Hooguit bevat het Verdrag in art. 2, lid 3 een uitzonderingsclausule op het discriminatieverbod. Ontwikkelingslanden kunnen rekening houdende met hun nationale economie zelf bepalen in hoeverre zij de in het Verdrag erkende rechten honoreren voor niet-onderdanen. Een dergelijke beperking geldt voor de rijke landen dus niet. Een contra-indicatie voor een erkende positie van illegalen in het kader van het IVESC zou kunnen worden gevonden in de resolutie van de Algemene Vergadering van de VN van 13 december 1985 (nr. 40/144) over mensenrechtenbescherming voor niet onderdanen⁸. Art. 8 bepaalt uitdrukkelijk dat het recht op de daarin genoemde sociale grondrechten beperkt is tot vreemdelingen die rechtmatig op het grondgebied van een staat verblijven. Een dergelijke verklaring zegt veel over de internationale gedachtevorming over de inroepbaarheid van sociale grondrechten door illegalen, maar –formeel gesproken- is over de status van deze groep onder het IVESC nog niets gezegd.

Minder optimistisch moeten we zijn over de positie van illegalen onder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In het eerste lid van art. 34 wordt gesteld dat de Unie het recht op toegang tot socialezekerheidsvoorzieningen eerbiedigt onder de door het Gemeenschapsrecht en nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. Het derde lid van art. 34 erkent vervolgens het recht op sociale bijstand en huisvesting teneinde al diegenen die niet over voldoende middelen van bestaan beschikken een waardig bestaan te verzekeren, opnieuw onder door het Gemeenschapsrecht en nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. Waar het echter migranten aangaat, bepaalt het tweede lid van dit artikel echter dat uitsluitend personen die legaal in de Unie verblijven en zich daar legaal verplaatsen het recht op socialezekerheidsvoorzieningen en sociale voordelen toekomen. Het valt niet met zekerheid te zeggen, maar de kans is groot dat dit tweede lid zo moet worden opgevat dat illegalen van de bescherming van het eerste en derde lid zijn uitgezonderd.

Het meest pessimistisch moeten we zijn over de rechtssituatie in het kader van het ESH. In de Bijlage is bepaald dat onder de in het ESH bedoelde personen slechts buitenlanders zijn begrepen die onderdaan zijn van andere aangesloten staten die in die staten rechtmatig woonachtig of geregeld werkzaam zijn. De bijlage moet worden uitgelegd overeenkomstig het bepaalde in art. 19 ESH. Dit artikel heeft specifiek betrekking op het recht van migrerende werknemers op bescherming en bijstand, maar telkens weer onder uitdrukkelijke verwijzing naar het wettig verblijf. Verder wordt in de Bijlage een uitzondering gemaakt voor onder meer artikel 13, lid 4 ESH, maar dit artikellid bevat weer een verwijzing naar het EVSMB, dat op zijn beurt het recht op bijstand beperkt tot rechtmatig verblijvende vreemdelingen. De ESH-deuren zijn aldus hermetisch voor illegalen afgesloten.

Internationale discriminatieverboden

⁷ Paul Schoukens en Danny Pieters, “Illegal labour migrants and access to social protection”, *European Journal of Social Security*, 2004, 229-254.

⁸ De officiële titel van de resolutie luidt: “Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live”.

Open internationale discriminatieverboden zoals opgenomen in onder meer art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM en het 12^e Protocol kennen geen specifieke beperkingen voor niet-onderdanen, laat staan voor illegalen. Het open karakter maakt de discriminatieverboden echter kwetsbaar voor uitzonderingen in het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets. In Nederland is hiervan in relatie tot illegalen en hun toegang tot minimumvoorzieningen inderdaad gebruik gemaakt.⁹ Het EHRM lijkt een soortgelijke benadering te volgen¹⁰.

Zoals gememoreerd zijn discriminatieverboden die specifiek van toepassing zijn op het recht van vreemdelingen op sociale zekerheid, en meer in het bijzonder de sociale bijstand, gereserveerd. Aldus beperkt art. 23 van het Vluchtelingenverdrag het recht op sociale bijstand tot rechtmatig verblijvende vluchtelingen. Evenzeer bevat art. 1 EVSMB een uitdrukkelijke beperking tot rechtmatig verblijvende vreemdelingen. Soortgelijke beperkingen zijn opgenomen in de sociale paragrafen van de nieuwe Euro-Mediterrane overeenkomsten met Marokko, Tunesië en Algerije.¹¹ Interessant is verder nog de redactie van het discriminatieverbod van art. 68 van ILO-Conventie nr. 102 betreffende minimumnormen inzake sociale zekerheid. Hier wordt het recht op gelijkheid van behandeling niet zozeer beperkt tot een categorie van personen, maar tot een categorie van uitkeringen. Ten aanzien van uitkeringsstelsels die geheel of gedeeltelijk worden gefinancierd uit publieke middelen, mogen landen beperkingen stellen ten opzichte van vreemdelingen.

Normverdragen inzake sociale zekerheid

Het laatstgenoemde voorbeeld brengt ons in de sfeer van de normverdragen inzake sociale zekerheid die in het kader van de ILO en van de Raad van Europa tot stand zijn gekomen.¹² In hun onderzoek naar de rechtspositie van illegale werknemers in de sociale zekerheid verbazen Schoukens en Pieters zich erover dat dergelijke verdragen geen enkel oog hebben voor de problematiek of rechtspositie van illegalen. Illegalen worden doodgezwegen. Dit leidt tot onzekerheid over de vraag of de onderhavige verdragen nu wel of niet door deze groep van personen kan worden ingeroepen.¹³ Een deel van deze onzekerheid ligt volgens de auteurs besloten in de termen “residence” en “ordinary residence” waarvan de normverdragen zich bedienen. In het bijzonder wordt de vraag opgeroepen of deze laatste term ook het rechtmatig verblijf veronderstelt. Als wij deze vraag projecteren op de Nederlandse rechtsituatie waar voor de volksverzekeringen het begrip ingezetenschap een doorslaggevende rol speelt, moet deze vraag gelijktijdig bevestigend en ontkennend worden beantwoord. Het begrip ingezetenschap is in de rechtsvorming aldus geëvolueerd dat hieronder wordt verstaan de situatie van een persoon die een persoonlijke band van duurzame aard met Nederland heeft opgebouwd. Dit moet niet alleen blijken uit zijn sociale en economische binding met Nederland maar tevens uit zijn juridische band. Bij langdurig verblijf in Nederland en voldoende sociale integratie kan de illegaliteit van het verblijf, aan het ingezetenschap niet langer in de weg staan.¹⁴ Als we deze genuanceerde benadering¹⁵ projecteren op het begrip

⁹ Zie onder meer CRvB 26 juni 2001, RSV 2001/216

¹⁰ Zie hierna paragraaf 3.1 in het kader van de bespreking van het Gaygusuz-arrest.

¹¹ Zie bijvoorbeeld art. 66 van de Euro-overeenkomst met Marokko: “The provisions of this Chapter shall not apply to nationals of the parties residing or working illegally in the territory of their host countries”, OJ EC, 2000 L 70/16

¹² Europese Code inzake sociale zekerheid 1964, alsmede de herziene Code van 1990.

¹³ Paul Schoukens en Danny Pieters, “Illegal labour migrants and access to social protection”, *European Journal of Social Security*, 2004, 229-254, 234.

¹⁴ Zie SVB beleidsregels 2005, 71 e.v.

¹⁵ Zie hierover ook mijn opmerkingen in “Over de invloed van buitenlandse culturele waarden op juridische normering in de sociale zekerheid”(samen met M. Ydema-Gutjahr), in: *De multiculturele samenleving en het recht*, N.F. van Manen (eds.), Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2002, 357-368.

“ordinary residence” zoals dat in de normverdragen wordt gehanteerd, zou een beroep van illegalen op deze verdragen niet categorisch uitgesloten hoeven te zijn.

Bescherming van migrerende werknemers

Ten slotte nog een enkel woord over de Europese Conventie met betrekking tot de rechtspositie van migrerende werknemers en het in 1990 tot stand gekomen Internationaal Verdrag inzake de bescherming van rechten van arbeidsmigranten en hun gezinnen. Het eerste verdrag maakt onmiddellijk in artikel 1 duidelijk dat het uitsluitend van toepassing is op arbeidsmigranten die met toestemming van het bevoegd gezag in het gastland verblijven om er te werken. Hier is dus niets om over naar huis te schrijven. Dat is iets meer het geval voor het tweede verdrag dat bewust geen algemene uitzondering kent voor illegale arbeidsmigranten.¹⁶ Artikel 27 van het verdrag regelt de gelijke behandeling van nationale en vreemde onderdanen op het gebied van de sociale zekerheid. Het eerste lid verwijst naar een gelijke behandeling overeenkomstig de nationale voorschriften en bi- en multilaterale verdragen, maar het blijft toch onduidelijk of aan deze uitsluiting de enkele nationaliteit of verblijfsstatus ten grondslag mag liggen. Het tweede lid dat stelt dat als aan arbeidsmigranten geen uitkering kan worden verstrekt, tenminste moet worden overwogen de premies terug te betalen, biedt hierover geen uitsluitsel. Immers, aan een ontzegging van een recht op uitkeringen kunnen ook andere factoren ten grondslag liggen zoals minimumverzekeringsvoorwaarden. Art. 28 garandeert aan illegalen een recht op medische bijstand in noodsituaties. Het VN-verdrag lijkt aldus voor illegalen de meest verregaande standaarden te bevatten. Wellicht moet het geringe aantal ratificaties waarop het Verdrag tot dusver heeft kunnen rekenen, worden opgevat als een bevestiging hiervan.

3. Drie thema's over de doorwerking van internationale grondrechten

3.1 Internationale bemoeienis met het begrip rechtmatig verblijf

Hierboven werd al gememoreerd dat het EVSMB de uitsluiting van illegalen van sociale bijstand ongemoeid laat. Dit vloeit voort uit het in art. 1 EVSMB geformuleerde discriminatieverbod naar nationaliteit, dat is beperkt tot rechtmatig verblijvende vreemdelingen:

Each of the Contracting Parties undertakes to ensure that nationals of the other Contracting Parties who are lawfully present in any part of its territory (...), and who are without sufficient resources, shall be entitled equally with its own nationals and on the same conditions to social and medical assistance (...) provided by the legislation in force (...).

Dat het verdrag voor het vraagstuk van de rechtspositie van illegalen toch relevantie toekomt, houdt verband met het feit dat het een nadere normstelling bevat ten aanzien van het begrip rechtmatig verblijf. Deze normstelling verhindert dat personen met een semi-legale verblijfsstatus van bijstandsverlening worden uitgesloten. Op grond van art. 11 EVSMB behoort het verblijf van de vreemdeling als rechtmatig te worden beschouwd zolang te zijnen aanzien een verblijfs- of soortgelijke vergunning van kracht is, die op grond van de wetgeving van het betrokken land vereist is voor verblijf in dat land. Verzuim om een dergelijke vergunning te doen verlengen, brengt voor de betrokkene echter niet een verval van het recht op bijstand teweeg, indien dit verzuim uitsluitend aan zijn achteloosheid te wijten is. Ten slotte wordt een duidelijke vuistregel geboden voor de uitvoeringspraktijk door te bepalen dat de rechtmatigheid van het verblijf pas onrechtmatig wordt:

¹⁶ Zie hierover ook Dirk Vanheule, Marie-Claire Foblets, Sander Loones, Steven Bouckaert, “The significance of the UN migrant Workers’ Convention of 18 december 1990 in the event of ratification by Belgium”, *European Journal of Migration and Law*, 2005, 285-321, para 1.3.4.

(...) from the date of any deportation order made out against the person concerned, unless a stay of execution is granted.

Het thema dat ik in dit onderdeel wil aansnijden, heeft betrekking op de vraag of van dit breed gemarkeerde rechtmatigheidsbegrip van het EVSMB een normatieve werking kan uitgaan voor toepassing van het algemene discriminatieverbod dat in talloze internationale grondrechtenverdragen is opgenomen. Het belang van een dergelijke normatieve werking is onmiskenbaar. De bepalingen van het EVSMB kunnen uitsluitend worden ingeroepen door onderdanen van Europese landen die bij dit verdrag zijn aangesloten. Het algemene internationale discriminatieverbod kent deze beperking niet, waardoor het ook tot bescherming kan strekken van onderdanen van niet-Europese landen.

Ik zou de aandacht hier vooral willen vestigen op het discriminatieverbod van art. 14 en het 12^e Protocol van het EVRM. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in het arrest *Gaygusuz* van 16 september 1996, in een zaak die was aangespannen door een Turk tegen Oostenrijk, bepaald dat het nationaliteitscriterium als toekenningsvereiste voor het verkrijgen van een bijstandsuitkering in verband met werkloosheid, ongeoorloofde discriminatie oplevert.¹⁷ Het arrest mag niet zo worden opgevat dat illegalen op gelijke voet met nationale onderdanen recht op bijstand hebben. In het arrest liet het Hof uitdrukkelijk meewegen dat *Gaygusuz* in Oostenrijk geruime tijd rechtmatig verblijf had gehouden. Waarschijnlijk moet het belang van een staat om illegalen niet voor bijstandsverlening in aanmerking te brengen, worden aangemerkt als een “very weighty reason” die de discriminatie rechtvaardigt.¹⁸ Maar hiermee is het verhaal nog niet af. Als het niet-rechtmatig verblijf van een vreemdeling kan worden opgevoerd als rechtvaardiging voor de uitsluiting, dan moet in de spiegelbeeldige situatie worden aangenomen dat staten bij rechtmatig verblijf dit argument ontberen en dat de gelijke behandeling door de betrokkene wél kan worden ingeroepen. Alsdan rijst onmiddellijk de vraag waar staten de grens tussen rechtmatig en niet-rechtmatig verblijf mogen trekken.

Op zich valt de vreemdelingenrechtelijke regulering binnen de eigen bevoegdheden van de staten, maar ik zou hier de stelling willen verdedigen dat - gegeven de inhoud van deze regulering - de formele criteria voor rechtmatig verblijf zoals opgenomen in art. 11 EVSMB, tevens van toepassing zijn in het kader van het discriminatieverbod van het EVRM. Er geldt hiervoor ook een belangrijk systematisch argument. Het is niet ongebruikelijk dat het EHRM in kader van zijn rechtspraak refereert aan de verplichtingen die zijn opgenomen in het Europees Sociaal Handvest (ESH).¹⁹ Wat betreft het recht op sociale en medische bijstand refereert art. 13, lid 4 ESH weer aan de normen van het EVSMB. Aldus ontstaat er een bruggetje waarover deze laatste normen het EVRM kunnen binnentreden. Via het algemene discriminatieverbod van het EVRM krijgt de ruime definitie van rechtmatig verblijf dan tevens betekenis voor onderdanen van landen die niet aan het EVSMB zijn gebonden.

Ik merk op dat inmiddels in het kader van de burgerschapsjurisprudentie van het EG Hof van Justitie een soortgelijk ruim rechtmatigheidscriterium tot wasdom lijkt te komen als in het kader van het EVSMB. Dit blijkt in het bijzonder uit het arrest van 7 september 2004 in de zaak *Michel Trojani*.²⁰ Hierin kwam het Hof tot de conclusie dat een Franse dakloze die in

¹⁷ EHRM *Gaygusuz/Austria*, *RJ and D*, 1996-IV, no. 14, 1129-1157.

¹⁸ Het feit dat meer verbijzonderde discriminatieverboden - waaronder art. 1 van het EVSMB zelf - het vereiste van rechtmatig verblijf stellen, biedt hiervoor een bevestiging.

¹⁹ In het arrest *Poirrez* van 30 september 2003, dat handelt over de weigering van de Franse autoriteiten om aan een legaal verblijvende onderdaan uit de Ivoorkust een gehandicaptenuitkering toe te kennen, verwees het Hof bijvoorbeeld uitdrukkelijk naar de verplichtingen van het ESH (art. 12).

²⁰ HvJ EG 7 september 2004, zaak C-456/02 (*Michel Trojani*/Openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn (OCMW) te Brussel).

België verbleef en die aan het Gemeenschapsrecht geen verblijfsrecht kon ontleen, toch aanspraak kon maken op het Belgische Bestaansminimum zolang hij in het bezit was van een verblijfsvergunning. Ik lees het arrest zo, dat pas met de verwijdering van een dergelijke persoon uit België dit laatste recht tot een einde komt. Of het Hof hier oog heeft gehad op een *de facto* verwijdering of het uitvaardigen van een uitzettingsbevel is niet duidelijk. Afgaande op de normen van het EVSMB zou het laatste volstaan.

Ten slotte nog twee korte opmerkingen over de nationale situaties in België en Nederland. Wat België betreft, rijst de vraag of de beperking van het recht op Maatschappelijke Integratie tot vreemdelingen die in het bevolkingsregister staan ingeschreven, de toets aan het discriminatieverbod kan doorstaan. Deze groep van vreemdelingen is - zo begrijp ik - kleiner dan de groep die rechtmatig verblijf houdt in België in de zin van de criteria zoals hierboven weergegeven. Wat Nederland betreft geldt iets soortgelijks voor de bijstandswetgeving (en andere collectieve voorzieningen). Kort gezegd is de toegang beperkt tot vreemdelingen die een geldige verblijfstitel hebben, of die tijdig om verlenging hiervan hebben verzocht en in afwachting van de uitkomst van dit verzoek in Nederland mogen verblijven. Ook hier vallen bepaalde categorieën rechtmatig verblijvende vreemdelingen, buiten de boot.²¹ De Hoge Raad heeft echter in een cassatieberoep van een Turk, die in afwachting van een eerste aanvraag om een verblijfsvergunning in Nederland mocht blijven, een beroep op het EVSMB afgewezen.²² Volgens het hoogste Nederlandse rechtscollege is het ruime rechtmatigheidsbegrip van art. 11 EVSMB uitsluitend van toepassing op vreemdelingen die over een verblijfsvergunning hebben beschikt en niet op hen die hiervoor nog niet voor in aanmerking zijn gebracht.

Er is dus nog een "kloofje te dichten" tussen mijn theorieën en de nationale rechtssituaties.

3.2 *Het recht op sociale bijstand voor kwetsbare groepen*

Recentelijk hebben het Belgische Arbitragehof en de Nederlandse Centrale Raad van Beroep (CRvB) baanbrekende uitspraken gewezen over het recht op bijstand voor kinderen van illegaal verblijvende vreemdelingen.²³ Beide uitspraken zijn (mede) gebaseerd op het Internationaal Verdrag inzake de rechten van kind (IVRK).

In België is op grond van art. 57, par. 2 van de OCMW-wet bijstandsverlening aan illegalen niet mogelijk, behoudens dringende medische hulp. Volgens het Arbitragehof verplicht de Belgische grondwet in samenhang met het IVRK tot een ruimere vorm van maatschappelijke steun aan minderjarige vreemdelingen die niet over een legale verblijfsstatus beschikken. Een onverkorte toepassing van art. 57, par. 2 OCMW moet worden beschouwd als een ongeoorloofde discriminatie op grond van verblijfsstatus. Hierbij laat het Hof uitdrukkelijk meewegen dat het categorisch weigeren van maatschappelijke dienstverlening aan kinderen, hun gezondheid en geestelijke ontwikkeling kan schaden. Het recht op maatschappelijke dienstverlening voor kinderen is niet onvoorwaardelijk. Vast moet staan dat de ouders hun onderhoudsplicht niet kunnen nakomen en dat de steun strekt tot dekking van uitgaven die onontbeerlijk zijn voor de ontwikkeling van het kind; de ouders mogen van de ondersteuning geen baat hebben. Desnoods moet de steun in natura worden verstrekt.

²¹ Ook expliciet in de zin van art. 8 Vreemdelingenwet.

²² HR 1 februari 2002, C00/090/HR.

²³ Arrest Arbitragehof, 22 juli 2003, nr. 106/2003, Moniteur Belge, 2 november 2003 en CRvB voorzieningenrechter, 8 augustus 2005, USZ 2005/333. Beide arresten zijn uitvoerig becommentarieerd door S. Klosse "Sociale zekerheid: (grond)recht van het kind?", in: *Kind en sociale zekerheid*, J. Berghman, S. Klosse en G. Vonk (red.). Den Haag, SDU, 2005.

In de Nederlandse Wet werk en bijstand is in art. 16, lid 1 bepaald dat degene die geen recht op bijstand heeft, in geval van zeer dringende redenen toch voor bijstand in aanmerking kan worden gebracht. Het tweede lid, dat is ingevoerd met de Koppelingswet 1998, sluit illegale vreemdelingen hiervan categorisch uit. Op grond van dit tweede lid weigerde de gemeente Zaanstad bijstand te verstrekken ten behoeve van de kinderen van een illegaal in Nederland verblijvend Ghanees gezin. De voorzieningenrechter van de CRvB komt tot de conclusie dat art. 27 IVRK, in samenhang met de artt. 2 en 3, erop wijzen dat het koppelingsbeginsel geen voldoende rechtvaardiging kan vormen voor het uitsluiten van bijstandsverlening aan minderjarige kinderen van illegalen, als deze laatsten zelf niet in staat zijn de kosten van voeding, kleding en andere essentiële, voor de minderjarige kinderen noodzakelijke kosten, te betalen. Bij wijze van voorlopige voorziening vordert de rechter bijstand ter hoogte van het verschil tussen het normbedrag van een alleenstaande ouder en dat van een alleenstaande (circa € 270,-).

Pikant detail bij de uitspraak van de voorzieningenrechter is dat Nederland - om de rechter voor te zijn - een uitdrukkelijk voorbehoud heeft gemaakt bij art. 26 IVRK. Dit artikel bepaalt dat staten voor ieder kind het recht erkennen de voordelen te genieten van voorzieningen der sociale zekerheid, met inbegrip van sociale verzekeringen. Op grond van het voorbehoud aanvaardt Nederland het bepaalde in art. 26, zolang deze bepaling niet verplicht tot een zelfstandig recht van kinderen op sociale zekerheid. De voorzieningenrechter komt aan art. 26 echter geheel niet toe en baseert de uitspraak - evenals het Belgische Arbitragehof - op art. 27 in samenhang met het in art. 2 geformuleerde algemene discriminatieverbod. Art. 27 erkent dat het recht op een toereikende levensstandaard, zoals dit in zijn algemeenheid is geformuleerd in art. 11 IVESC, ook aan kinderen toekomt. Deze levensstandaard moet toereikend zijn voor de lichamelijke, intellectuele, zedelijke en maatschappelijke ontwikkeling van het kind. Het tweede lid van art. 27 bevestigt dat de verantwoordelijkheid voor het levensonderhoud van het kind primair op de ouders of verzorgers rust. Zijn deze echter niet in staat om de kosten van de verzorging en opvoeding te dragen, dan dienen volgens het derde lid van art. 27 de staten passende maatregelen te treffen om de ouders of verzorgers te helpen bij het realiseren van hun verplichtingen. Als elementen worden daarbij genoemd: (overheids)programma's voor materiële bijstand en ondersteuning, met name betreffende voeding, kleding en huisvesting.

De uitspraken van de Belgische en Nederlandse rechter vormen een historische doorbraak ten opzichte van de tot dusver in de rechtspraak gehuldigde opvatting dat het grondrecht der sociale zekerheid geen rechtstreekse werking heeft. Deze doorbraak bevindt zich op een punt waar twee lijnen samenkomen. De eerste lijn is die van de verbijzonderde bescherming die in de internationale grondrechten wordt geboden voor een groep die extra kwetsbaar wordt geacht, te weten kinderen. De tweede lijn is die van de sociale bescherming via het bijstandsstelsel dat opereert als minimaal vangnet voor situaties waarin alle andere middelen zijn uitgeput. De bottom line is dat het minimale vangnet niet mag worden afgesloten van personen die de hulp het hardst nodig hebben. Hier kunnen kinderen uit hoofde van het IVRK een subjectief recht op prestaties van overheidswege afdwingen.

De uitspraken zijn belangrijk voor kinderen van illegale ouders. Maar nu deze bijstandsschaapjes eenmaal over de dam zijn, kunnen er nog andere volgen. Op twee mogelijke consequenties zou ik kort willen wijzen.

In de eerste plaats de kinderbijslag. Deze heeft als kenmerk dat ze specifiek bedoeld is om een bijdrage te verlenen in de kosten van het levensonderhoud van kinderen. Dit brengt het kinderbijslagstelsel direct binnen de beschermings sfeer van het IVRK. In de Nederlandse situatie worden de kinderkosten van bijstandsgerechtigden primair gedekt via het

kinderbijslagsysteem dat bijdragen verschaft per kind. Het stelsel van sociale bijstand zelf kent hooguit een onderscheid tussen de alleenstaande norm en de éénoudernorm. Zou dezelfde logica die ten grondslag ligt aan de uitspraak van de voorzieningenrechter van de CRvB ertoe moeten leiden dat eveneens recht bestaat op kinderbijslag voor ouders die illegaal in Nederland verblijven, althans als de ouders bij gebrek aan enig inkomen potentieel bijstandsgerechtigd zijn? De Koppelingswet staat tot dusver aan deze conclusie in de weg. In het begin van dit jaar wees de CRvB een beroep op het IVRK nog af in een zaak waarin een illegaal verblijvende ouder in verband met de Koppelingswet het recht op kinderbijslag was ontzegd.²⁴ Het is nu afwachten of de frisse benadering van de voorzieningenrechter de CRvB op andere gedachten gaat brengen.²⁵

In de tweede plaats moet worden gewezen op andere kwetsbare groepen dan kinderen waarvoor in de internationale grondrechten bijzondere beschermingsstandaarden zijn geformuleerd. In bijzonder denk ik hier aan gehandicapten. Zij worden afzonderlijk genoemd in verschillende internationale grondrechtverdragen, zoals het IVESC (art. 12), het ESH (art. 15) en het Handvest voor de grondrechten van de Unie (art. 12). Rechtstreekse verwijzingen naar een recht op sociale zekerheid of sociale bijstand zijn in deze bepalingen niet opgenomen. Naar verwachting zal het in voorbereiding zijnde Internationaal Verdrag inzake de rechten van gehandicapten een dergelijke verwijzing wel bevatten.²⁶ Een vraag die opkomt is of het uitsluiten van illegalen van minimumregelingen die specifiek in het leven zijn geroepen om gehandicapten een toereikende levensstandaard te geven, met de internationale gehandicaptenstandaarden in overeenstemming is. Deze vraag werpt alvast een schaduw over de uitsluiting van illegalen in de Nederlandse Wajong en de Belgische tegemoetkomingen aan gehandicapten.

3.3 *Recht op sociale bijstand in bijzondere (nood)situaties*

In de klassieke rechtsliteratuur wordt het rechtens afdwingbare karakter van sociale grondrechten veelal ontkend. De rechtspraak sluit zich hierbij in de regel nog steeds aan. Plat gezegd, wordt aangenomen dat sociale grondrechten niet “rechtstreeks kunnen werken”. In de vorige paragraaf hebben wij reeds een tweetal uitspraken aan de orde gesteld, waarin sociale grondrechten wél met succes bij de rechter konden worden ingeroepen, zelfs met het gevolg dat door betrokkene een subjectief recht op uitkering kon worden afgedwongen. In verband hiermee kwalificeerde ik deze uitspraken als doorbraakarresten.

Het is van belang om ons te realiseren dat de doorbraken niet zomaar uit de lucht komen vallen. Veeleer zijn ze op te vatten als tekenen die erop wijzen dat de opvattingen over het niet-rechtstreeks werkend vermogen van grondrechten aan het schuiven zijn. De in deze uitgave opgenomen bijdrage van *Gunther Maes* gaat uitvoerig op deze problematiek in. Vanuit mijn perspectief wil ik vier aspecten ik kort aanstippen.

In de eerste plaats is reeds langer erkend dat een principiële verwerping van de rechtstreekse werking van sociale grondrechten niet hoeft te impliceren dat dergelijke rechten in het geheel buiten het proces van rechterlijke beoordeling blijven. De rechter kan met deze rechten rekening houden in het kader van een verdragsconforme interpretatie, of - zoals we hierboven ook al hebben gezien in paragraaf 2 - deze rechten meewegen in het kader van de toepassing van klassieke grondrechtverdragen (reflexwerking).

²⁴ CRvB 8 april 2005, LJN-nr. AT4112.

²⁵ In die zin ook Michiel van Emmerik, “Toepassing van het kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak”, *NJCM-Bulletin*, 2005, 700-716, 712-713.

²⁶ In het ontwerpverdrag is dit geregeld in art. 23, getiteld “Social security and adequate standard of living”.

In de tweede plaats wordt het traditionele onderscheid in rechtskarakter tussen klassieke en sociale grondrechten steeds vaker gerelativeerd. Zo is uit jurisprudentie van het EHRM gebleken dat klassieke grondrechten niet uitsluitend hoeven te strekken tot onthoudingsverplichtingen, maar evenzeer positieve verplichtingen kunnen impliceren.²⁷ Anderzijds is aanvaard dat bepaalde grondrechten die zijn opgenomen in verdragen inzake sociale grondrechten, geen inspanningsverplichtingen, maar juist onthoudingsverplichtingen inhouden.²⁸

In de derde plaats wordt in de literatuur steeds vaker bepleit dat het rechtskarakter van de grondrechten niet mag worden afgeleid van de formele categorisering van het desbetreffende grondrecht als “klassiek” of “sociaal”. Daarentegen zou het rechtskarakter moeten worden bepaald aan de hand van de typologie van het desbetreffende grondrecht. Uitgesproken opvattingen worden in dit verband gehuldigd door *Vlemminx*, die diverse typologiën heeft uitgewerkt onder de noemers onthoudings-, verzekerings-, beleids- en beschermingsplichten.²⁹

Ten slotte, in de vierde plaats, worden in de rechtsliteratuur steeds vaker vraagtekens gesteld bij de bruikbaarheid en validiteit van het leerstuk van de rechtstreekse werking zelf. Volgens sommige Nederlandse auteurs, zoals *Jacobs*³⁰ en *Prechal*³¹, is het rechtskarakter van internationale bepalingen niet afhankelijk van de vraag of deze rechtstreekse werking hebben, maar moet veeleer van bepaling tot bepaling en van situatie tot situatie nagegaan worden hoe de desbetreffende verplichting doorwerkt in het concrete geval van rechterlijke toetsing.

De hierboven aangestipte denklijnen pleiten voor een grotere rol voor sociale grondrechten in het proces van rechterlijke oordeelsvorming, dan tot dusver voor mogelijk werd gehouden. Deze werking is daarbij sterk afhankelijk van de aard van het desbetreffende grondrecht en de mate waarin dit recht in de concrete omstandigheden van het geval wordt geschonden. Waar een dergelijke benadering toe kan leiden, kan goed worden geïllustreerd aan de hand van het Zuid-Afrikaanse *Grootboom*arrest van het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof.³² Mevrouw Grootboom was één van de 390 volwassenen en 510 kinderen die illegaal een sloppenwijk bewoonden in de buurt van Kaapstad. Om plaats te maken voor sociale woningbouw, had de gemeente de sloppenwijk platgebulldozerd, de restanten verbrand en de bezittingen vernietigd, zonder aan de betrokkenen vervangende voorzieningen aan te bieden. Het Constitutionele Hof weidde breed uit over de werking van de sociale grondrechten in de Zuid-Afrikaanse Constitutie en kwam uiteindelijk tot de slotsom dat de actie van de gemeente Kaapstad - mede in verband met de bijzonder kwetsbare positie van de groep - strijd opleverde met het in art. 26 van de Constitutie verwoorde recht op huisvesting. De staat werd verplicht een fonds in het leven te roepen waaruit voor de meest spoedeisende gevallen opvang kan worden gefinancierd. Verder werd de staat opgedragen een evenwichtig woningbouwprogramma in het leven te roepen, dat mede rekening houdt met de situatie van daklozen en mensen die in een onaanvaardbare crisissituatie verkeren. Het beleid van de gemeente Kaapstad voorzag hier inderdaad niet in.

²⁷ Zoals bijvoorbeeld art. 6 EVRM een recht op rechtsbijstand van overheidswege kan impliceren. Zie over deze problematiek R. Lawson, “Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de ‘fair balans test’”, *NJCM-Bulletin*, 1995, 558-573, 727-750.

²⁸ Zoals bijvoorbeeld bij het stakingsrecht ex. art. 6, lid 4 ESH het geval is. Zie HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.

²⁹ Vgl. F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van grondrechten*, Deventer, 1998.

³⁰ A.T.J.M. Jacobs, *De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht*, Alphen aan de Rijn, 1985.

³¹ Sacha Prechal, “Direct effect reconsidered, redefined and rejected” in: *Direct effect, rethinking a classic doctrine of EC legal doctrine*, J.M. Prinssen en A. Schrauwen, Groningen, 2002, 17-44.

³² *Grootboom v. Oostenberg Municipality*, 2000 3 *BLCR* 277 (C).

De jurisprudentie van het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof toont aan dat in extreme omstandigheden van nood, sociale grondrechten wel degelijk verplichtingen voor de overheid kunnen creëren. Ogenschoonlijk zullen in onze Europese samenlevingen dergelijke omstandigheden zich niet snel voordoen, aangezien het socialebijstandsstelsel in laatste instantie altijd uitkomst kan bieden. Het bijzondere is evenwel dat juist de personen die het onderwerp zijn van deze bijdrage, de illegalen, categorisch van het recht op bijstand zijn uitgesloten. Wat opvalt, is dat de enige uitzondering die in België en Nederland wordt erkend, betrekking heeft op een dringende medische noodzaak. In België vloeit dit voort uit art 57, lid 2 OCMW-wet. In Nederland is voor medische hulp aan illegalen een apart fonds in het leven geroepen waaruit ziekenhuizen de geneeskundige hulp aan illegalen kunnen financieren. Maar er kunnen ook allerlei andere noodsituaties bestaan die enige vorm van ondersteuning noodzakelijk maken. Wat te denken van gezinnen met kinderen die zonder behoorlijke kleding en geld in de winter dakloos moeten rondzwerven? In dergelijke omstandigheden moet het toch mogelijk zijn - in ieder geval op tijdelijke basis en voor mijn part in natura - overheidssteun te geven. De facto geven lokale overheden dergelijke ondersteuning ook vaak, maar niet langer dan noodzakelijk en zeker niet als onderdeel van de rechtmatige uitvoering van het socialebijstandsstelsel.

Tot in de jaren negentig hebben in België en Nederland nog mogelijkheden bestaan om aan illegalen in noodsituaties basishulp te geven. Het ging hierbij nimmer om reguliere bijstandsverlening, maar om een op het geval afgestemde ondersteuning op basis van een discretionaire beoordeling van de bijstandsverlenende instanties. In de Bondsrepubliek bestaat een dergelijke mogelijkheid overigens nog steeds.³³ Mijn stelling is dat met het categorisch uitsluiten van illegalen van de sociale bijstand in de loop van de jaren negentig, België en Nederland hun internationale grondrechtelijke verplichtingen op het gebied van de sociale zekerheid en de toereikende levensstandaard schenden. Door te ontkennen dat er een rechtsbevoegdheid bestaat om in noodsituaties hulp van overheidswege te verstrekken, wordt de grens van absolute minimumgarantie die deze rechten geven, overschreden. De wetgeving in onze landen is hier dus doorgeschoten. Als de ontwikkeling in de rechterlijk toetsing gelijke tred houdt met de opvattingen in de doctrine over de rechtswerking van sociale grondrechten, dan is het slechts een kwestie van tijd dat de rechter de wetgever zal terugfluiten. Voor kinderen - voor wie de kwetsbare positie wordt verondersteld - is dat reeds gebeurd. Voor volwassenen die hun kwetsbare positie in concreto aantoonbaar kunnen maken, zal het spoedig moeten gebeuren. De hierna opgenomen bijdrage van *Steven Bouckaert* biedt een boeiend overzicht van deze wijze waarop de Belgische rechtspraak met deze problematiek worstelt.

4. Résumé

In deze bijdrage is betoogd dat de uitsluiting van illegalen van het recht op sociale bijstand ten principale niet in strijd is met internationaal grondrechtelijke verplichtingen. Hiermee is echter niet gezegd dat internationale grondrechten voor illegalen in de bijstand geheel zonder betekenis zijn. Drie thema's zijn hierover aan de orde gesteld, die allen uitmonden in een stelling. De stellingen kunnen als volgt worden samengevat.

- Het ruime begrip van rechtmatig verblijf dat wordt gehanteerd in het EVSMB is via de werking van het algemene discriminatieverbod van het EVRM ook van toepassing op onderdanen van landen die niet bij het EVSMB betrokken zijn. Verdergaande beperkingen voor vreemdelingen in minimuminkomensstelsels dan die welke het

³³ Zie par. 120, lid 2, sub c) Bundessozialhilfegesetz.

EVSMB toestaan, kunnen met een beroep op het algemene discriminatieverbod van het EVRM worden aangevochten.

- De Belgische en Nederlandse jurisprudentie over de werking van het IVRK kan een verdere uitstraling krijgen naar het recht voor illegalen op kinderbijslag. Tevens creëert deze jurisprudentie perspectieven voor andere categorieën van personen die bijzondere bescherming genieten in internationale grondrechtverdragen, in het bijzonder gehandicapten.
- De afschaffing van de mogelijkheid in de Nederlandse en Belgische socialebijstandsstelsels om aan illegalen in noodsituaties bijstand te verlenen, is in strijd met internationale sociale grondrechten.